Sygn. akt KIO 2865/20
KIO 2874/20

WYROK
z dnia 26 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2020r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 2 listopada 2020 r. przez wykonawcę S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

B. w dniu 2 listopada 2020 r. przez wykonawcę Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa – Ministra Finansów z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2865/20 i KIO 2874/20 po stronie zamawiającego;

B. wykonawcy Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2865/20 po stronie odwołującego;

C. wykonawcy S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2874/20 po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców: S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2865/20
KIO 2874/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Skarb Państwa - Minister Finansówwszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie **przetargu nieograniczonego pn.** Dostawa Sprzętu i Oprogramowania wraz ze Wsparciem Technicznym **(nr ref.BDG.ZPB.230.33.2020), - w zakresie cz. II** przedmiotu zamówienia.

Ogłoszenie o Zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.07.2020 r. pod nr 307933-2020-PL.

KIO 2865/20

W dniu 23 października 2020 r., Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej jako **Symmetry lub Przystępujący,** dokonując publikacji na swojej stronie internetowej zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący: S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 2 listopada 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejwobec czynności i zaniechań **Zamawiającego,** związanych z oceną ofert w zakresie części II przedmiotu zamówienia (**Dostawa oprogramowania wraz ze Wsparciem Technicznym**) i polegających na:

1)zaniechaniu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na niezgodność ww. oferty **Symmetry** z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, wynikającą z braku zaoferowania wymaganej usługi Wsparcia Technicznego producenta (Software Assurance) dla zaoferowanych licencji Windows Server Datacenter 2019 (pozycja 1 Formularza Asortymentowo - Cenowego),

2) w efekcie dokonaniu wadliwego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Symmetry, pomimo tego, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ w związku z brakiem zaoferowania wymaganej usługi Wsparcia Technicznego producenta (Software Assurance) dla zaoferowanych licencji Windows Server Datacenter 2019 (pozycja 1 Formularza Asortymentowo - Cenowego).

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1)art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Symmetry ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ, wynikającą z braku zaoferowania wymaganej usługi Wsparcia Technicznego producenta (Software Assurance) dla zaoferowanych licencji Windows Server Datacenter 2019 (pozycja 1 Formularza Asortymentowo - Cenowego),

2)art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Symmetry, pomimo tego, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ w związku z brakiem zaoferowania wymaganej usługi Wsparcia Technicznego producenta (Software Assurance) dla zaoferowanych licencji Windows Server Datacenter 2019 (pozycja 1 Formularza Asortymentowo - Cenowego),

Z uwagi na powyższe zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

a.nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Symmetry i dokonania ponownej oceny ofert,

- odrzucenia oferty Symmetry na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie związanym z wymaganą usługą Wsparcia Technicznego producenta (Software Assurance) dla zaoferowanych licencji Windows Server Datacenter 2019 (pozycja 1 Formularza Asortymentowo - Cenowego),

b.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności oferty z treścią SIWZ Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ (ust. 3 str. 76-77 OPZ) **w ramach Wsparcia Technicznego, Wykonawca zobowiązany jest do (...):**

c)dostarczone Oprogramowanie ma być objęte co najmniej 36 miesięcznym Wsparciem Technicznym producenta liczonym od dnia podpisania przez Strony bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru Dostawy,

d)wymianę nośnika (CD, DVD itp.) w ciągu 3 Dni Roboczych, na którym było dostarczone Oprogramowanie w przypadku jego fizycznego uszkodzenia,

e)Wykonawca w ramach Wsparcia Technicznego zapewni Aktualizację Oprogramowania, obejmujące w szczególności nowe wersje Oprogramowania (upgrade), niższe wersje (downgrade), wydania uzupełniające, poprawki programistyczne (patche),

f)Wykonawca zapewni całodobowy (7 dni w tygodniu) dostęp do wszelkich serwisów elektronicznych udostępnianych przez producenta Oprogramowania w tym: repozytoria Oprogramowania, fora dyskusyjne i bazy wiedzy producentów Oprogramowania, zawierających wykazy znanych symptomów nieprawidłowego działania oraz sposobów naprawy,

g)dostarczone przez Wykonawcę aktualizacje Oprogramowania będą wolne od mechanizmów celowo blokujących jego funkcje i wolne od wirusów, koni trojańskich, robaków i innych szkodliwych programów. Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia usług Wsparcia Technicznego w sposób zapobiegający utracie danych, do których będzie miał dostęp w czasie świadczenia Wsparcia Technicznego,

h)godziny i dni tygodnia przyjmowania zgłoszeń: 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu (również w dni ustawowo wolne od pracy) na adres e-mail, telefonicznie lub przez system informatyczny,

i)za chwilę przyjęcia zgłoszenia uważa się chwilę przesłania Zgłoszenia do Wykonawcy,

j)gwarantowany Czas Obsługi na zasadach i warunkach określonych przez Producenta Oprogramowania.

Jednocześnie zauważył, że zgodnie z pkt 2.11 zd. in fine OPZ (str. 76) -„(...) Wykonawca w przypadku zaproponowanego Oprogramowania równoważnego, zobowiązany jest do zapewnienia Wsparcia Technicznego w

zakresie i na poziomie opisanym w OPZ".

Wskazał, że powyższe Zamawiający potwierdził również udzieloną odpowiedzią z dnia 7 sierpnia br r. na pytanie nr 256 - Zamawiający w przypadku oprogramowania równoważnego ma takie same wymagania jak do wskazanego w SIWZ (...).

Ponadto, wyjaśnił, że w zakresie części II przedmiotu zamówienia Zamawiający wprowadził także pozacenowe kryterium oceny ofert, związane z ww. Wsparciem Technicznym, bowiem w dokumencie zatytułowanym „część II SIWZ Warunki Szczegółowe (WSZ)" w ust. 8.3. Zamawiający jako ww. kryterium wskazałTERMIN WSPARCIA TECHNICZNEGO OPROGRAMOWANIA (dotyczy II części przedmiotu zamówienia).

Zaznaczył, że zgodnie z ww. opisem: Ocena w zakresie kryterium „termin wsparcia technicznego oprogramowania" zostanie dokonana na podstawie wypełnionego formularza ofertowego (Formularz OF.O.) i złożonej w nim deklaracji Wykonawcy dotyczącej okresu wsparcia technicznego w zakresie zamówienia podstawowego (...)".

Podniósł również okoliczność doprecyzowania przez Zamawiającego, że w przypadku zaoferowania minimalnego terminu wsparcia technicznego na okres 36 miesięcy, Zamawiający nie przyzna punktów (0 pkt), zaś w przypadku zaoferowania 42 miesięcy, Zamawiający przyzna 20 pkt, natomiast w przypadku zaoferowania 48 miesięcy, Zamawiający przyzna maksymalną ilość punktów, tj. 40 pkt.

*Dodatkowo, wyjaśnił, że odpowiedzią z dnia 7 sierpnia br r. na pytanie nr 253 (*Czy w przypadku licencji Microsoft Zamawiający wymaga 36 - miesięcznego supportu - wsparcia tzw. Software Assurance), *Zamawiający potwierdził, że* oczekuje pełnego wsparcia technicznego, w tym Software Assurance *(Zamawiający oczekuje pełnego wsparcia, w tym tzw. SA).*

W zakresie części II przedmiotu zamówienia, zwrócił uwagę, że w ramach zamówienia podstawowego Wykonawca zobowiązany był m.in. do dostarczenia licencji Windows Server Datacenter 2019 (lub równoważnych) w ilości 102 szt. (wraz ze Wsparciem Technicznym producenta), zgodnie z wymaganiami zawartymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ (Część III SIWZ - Opis Przedmiotu zamówienia OPZ, ust. 1.2.1 lit. a str. 47).

Wskazał przy tym, że w celu dokładnego przedstawienia oferowanego przedmiotu zamówienia Wykonawcy zobligowani byli wypełnić Formularz Asortymentowo - Cenowy, stanowiący merytoryczną treść oferty (ust. 5.5. SIWZ, str. 6 - Ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta" (Formularz OF.O.) oraz formularze asortymentowo - cenowe (odpowiednio dla danej części zamówienia: część I przedmiotu zamówienia - Formularz OF.I.; część II przedmiotu zamówienia - Formularz OF.2.) (...).

Poza tym wyjaśnił, że Formularz Asortymentowo - Cenowy wymagał podania przez wykonawców takich danych jak: dokładnej nazwy / numeru katalogowego / marki / modelu oferowanego przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego - ze złożonego przez Symmetry Formularza Asortymentowo - Cenowego (pozycja 1) wynika, że wykonawca ten zaoferował model Windows Server Datacenter 2019/PI 1061-241/Microsoft/MS WS19 (16 - Core) DC ROK pl SW SA.

Stwierdził przy tym, że zaoferowana licencja jest produktem OEM w zakresie Microsoft. OEM to skrót od angielskiego wyrażenia Original Equipment Manufacturer, które oznacza producenta oryginalnego wyposażenia, czyli firmę sprzedającą produkty innych firm pod nazwą własnej marki.

Według Odwołującego - produkty te najczęściej mają niższą cenę, ale pozbawione są wsparcia technicznego producenta i tak jest również w przypadku zaoferowanych przez Symmetry licencji.

Przyznał, że zgodnie z polityką Microsoft do licencji OEM/detalicznej produktu można dołączyć autonomiczny pakiet Software Assurance (na pytanie: Czy można dodać pakiet Software Assurance do licencji OEM/detalicznej produktu, producent Microsoft odpowiada: Tak. Do licencji OEM/detalicznej produktu można dołączyć autonomiczny pakiet Software Assurance, ale należy to zrobić w ciągu 90 dni od daty zakupu licencji OEM albo detalicznej produktu.

W ocenie Odwołującego - ta opcja jest dostępna tylko w przypadku określonych produktów i określonych programów licencjonowania zbiorowego). Jednak treść oferty złożonej przez Symmetry nie potwierdza zaoferowania wymaganego Wsparcia Technicznego wraz z oprogramowaniem ujętym w pozycji 1 Formularza Asortymentowo - Cenowego.

Powołał się w tym zakresie na wydruk informacji zawartych na stronie internetowej producenta Microsoft: ***http://download.microsoft. com/download/1/7/1/1719F272-4084-4DD0-81D1- 7CFEFB877C6F/FaQs-Product Licensing-DI-PL.pdf.***

W opinii Odwołującego - dokładny opis oferowanego przedmiotu zamówienia (jakiego wymagał Zamawiający w Formularzu Asortymentowo - Cenowym) powinien umożliwić Zamawiającemu jednoznaczną ocenę tego, czy wykonawca zaoferował produkt wraz z wymaganym Wsparciem Technicznym (tj. z uwzględnieniem Software Assurance) zgodnie z wymogami OPZ. Miernik należytej staranności, oczekiwanej od przedsiębiorców jako profesjonalnych uczestników rynku, nakazywał dokonania takiego opisu oferowanego przedmiotu, aby każdy z użytych symboli (zwł. numer katalogowy - tzw. part numer) pozwalał Zamawiającemu na jednoznaczną ocenę tego, czy wykonawca oferuje produkt zgodny z wymaganiami SIWZ.

Podkreślił przy tym, że każda usługa Software Assurance posiada swój określony numer katalogowy (part numer) - w zależności od rodzaju występujących elementów rozróżniających tę usługę. Wymogiem postępowania zaś było dokonanie takiego opisu oferowanego przedmiotu w zakresie każdej pozycji Formularza Asortymentowo - Cenowego, by umożliwić Zamawiającemu pełną i jednoznaczną ocenę tego, czy oferowany produkt spełnia wymogi SIWZ (w tym przypadku czy posiada wymagane Wsparcie Techniczne producenta).

Odwołujący oświadczył, że w przypadku swojej oferty w opisie pozycji 1 Formularza Asortymentowo - Cenowego znalazł się nie budzący wątpliwości zapis: Windows Server Datacenter 2019 wraz z Software Assurance zgodnie z wymagania SIWZ: 9EA - 00229- WinSvrDCCore LicSAPk OLP 16Lic NL Gov CoreLic Qlfd ***9EA-00230-WinSvrDCCore SA OLP 16 Lic NL Gov CoreLic Qlfd*** gdzie ***part numer 9EA - 00230*** oznacza właśnie rozszerzenie usługi Software Assurance o kolejne 2 lata względem 2 - letniego okresu podstawowego tej usługi. Tym samym treść Formularza Asortymentowo Cenowego potwierdza oświadczenie Odwołującego zawarte w treści formularza ofertowego co do oferowania wsparcia technicznego producenta przez okres 48 miesięcy od daty zatwierdzenia bez zastrzeżeń przez Strony protokołu Odbioru Dostawy.

W przypadku zaś oferty Symmetry stwierdził, że treść Formularza Asortymentowo Cenowego w ogóle nie potwierdza wymogu zapewnienia Software Assurance dla oferowanego produktu Windows Server Datacenter 2019 (pozycja 1 Formularza Asortymentowo Cenowego).

Zarzucił, że ***Wykonawca nie wskazał wymaganego numeru katalogowego usługi Software Assurance (part number), co nie pozwala Zamawiającemu na przyjęcie, by usługa ta - jako element przedmiotu zamówienia - w ogóle została zaoferowana.*** Tym samym treść Formularza Asortymentowo - Cenowego nie potwierdza oświadczenia zawartego w Formularzu Ofertowym co do oferowania przez Symmetry wsparcia producenta przez okres 48 miesięcy od daty zatwierdzenia bez zastrzeżeń przez Strony protokołu Odbioru Dostawy.

Z ostrożności zauważył, że nie może być uznane za właściwe opisanie usługi wsparcia i podanie wymaganego w SIWZ numeru katalogowego podanie skrótu „SW SA".

Po pierwsze, skrót ten nie wiadomo co znaczy (jego znaczenie jest jedynie w kwestii domysłów).

Po drugie, nie definiuje on usługi Software Assurance świadczonej w ramach wsparcia technicznego przez producenta Microsoft.

Po trzecie, nie jest to podanie wymaganego numeru katalogowego jakim posługuje się ww. producent dla oznaczenia świadczonej przez siebie usługi Software Assurance.

Z tych też względów podanie owego skrótu nie może być potraktowanie – w ocenie Odwołującego - jako wypełnienie zobowiązania wykonawcy do jednoznacznego i dokładnego opisania przedmiotu swego świadczenia.

Tym samym oferta Symmetry - bez uwzględnienia w jej treści usługi Sofware Assurance - powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ.

Pismem z dnia 9 listopada 2020 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a także zgłosił takie przystąpienie po stronie odwołującego wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

KIO 2874/20

W dniu 23 października 2020 r. Odwołujący: Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Symmetry.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 2 listopada 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie części 2 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, w cz. 2 zamówienia, niezgodnie z kryteriami określonymi w specyfikacji, z uwagi na przyznanie ofertom wykonawców Symmetry, Asseco i S&T maksymalnej ilości punktów w kryterium „Termin wsparcia technicznego oprogramowania",

pomimo, iż oferty tych wykonawców nie obejmują wsparcia technicznego oprogramowania przez okres 48 miesięcy, który uzasadnia przyznanie maksymalnej punktacji - 40 pkt - na podstawie opisu kryteriów oceny oferty określonych w SIWZ, z uwagi na zaoferowanie wsparcia producenta oprogramowania Red Hat jedynie na okres 36 miesięcy, a nie na okres 48 miesięcy.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.Dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert;

3.Dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z obniżeniem punktacji ofert wykonawców Symmetry, Asseco i S&T.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający wybiera ofertę na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji, tj. jak wynika z Roz. II Cz. B pkt 8.3 SIWZ - wykonawca mógł otrzymać w cz. 2 zamówienia 40 punktów, jeśli zaoferował Termin Wsparcia Technicznego Oprogramowania w ramach zamówienia podstawowego wynoszący 48 miesięcy.

Dodatkowo, zauważył, że zakres Wsparcia Technicznego Oprogramowania został opisany w Pkt 3.2 OPZ dla cz. 2 zamówienia, zgodnie z którym, w ramach tego Wsparcia wykonawca miał zapewnić m. in., aby dostarczone Oprogramowanie było objęte co najmniej 36 miesięcznym wsparciem technicznym producenta liczonym od dnia podpisania przez Strony bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru Dostawy (Pkt 3.2 lit. c) dla cz. 2 zamówienia). Wymaganie to stanowi integralną część zakresu punktowanego Wsparcia Technicznego Oprogramowania.

Z powyższego wywodził, że jeżeli zatem dany wykonawca zadeklarował 48 miesięcy Wsparcia Technicznego Oprogramowania, nie mógł zaoferować jedynie 36 miesięcznego wsparcia producenta, bowiem oznaczałoby to, że na ostatnie, dodatkowe i punktowane 12 miesięcy Wsparcie Techniczne Oprogramowania świadczone byłoby w niepełnym zakresie.

Wskazał przy tym, że Zamawiający nie przewidział w opisie kryterium oceny ofert, że przyzna punkty za niepełne Wsparcie Techniczne Oprogramowania lub za Wsparcie Techniczne Oprogramowania z wyłączeniem wsparcia producenta.

Podkreślił, że Zamawiający nie zdefiniował w odmienny sposób pojęcia Wsparcia Technicznego Oprogramowania na potrzeby kryterium oceny ofert.

Zaznaczył również, że w zakres Wsparcia Technicznego Oprogramowania wchodzą nie tylko świadczenia wykonawcy, lecz również produkty producenta Oprogramowania, a wobec tego nie jest wystarczające dla przyznania punktacji w kryterium Termin Wsparcia Technicznego Oprogramowania oparcie się jedynie na deklaracji Wykonawcy w Formularzu Ofertowym, bowiem dla Wsparcia w punktowanym okresie 48 miesięcy wymagany był określony produkt producenta oprogramowania, Zamawiający winien był zweryfikować, czy odpowiedni produkt został zaoferowany.

W związku z tym argumentował, że oparcie się jedynie na deklaracji wykonawcy było tym bardziej nieuzasadnione, że sam Zamawiający przewidział, iż wykonawcy oferowane produkty mieli podać w treści oferty (Formularz 0.2).

Stwierdził przy tym, że aby móc zaoferować wsparcie producenta w okresie 48 miesięcy dla oprogramowania Red Hat Enterprise Linux (dalej RHEL) oraz Red Hat JBoss Enterprise Application Platform (dalej RHJBoss), konieczn było zaoferowanie licencji - wsparcia producenckiego na okres 4 lat - licencja taka to odpowiednio RH00001F4 dla RHEL i MW0161758F4 dla RHJBoss.

Przekonywał, że poza Odwołującym, żaden z wykonawców deklarujących Wsparcie Techniczne Oprogramowania przez okres 48 miesięcy tj. ani Symmetry, ani Asseco, ani S&T nie zaoferował takiego wsparcia dla produktów RHEL i RHJBoss.

Zdaniem Odwołującego - w ofertach tych wykonawców (Formularze 0.2) zostały zaoferowane produkty uwzględniające okres wsparcia producenta wynoszący 36 miesięcy, bowiem każdy z tych wykonawców zaoferował produkty z oznaczeniem (part number) RH00001F3, a nie w wersji RH00001F4 oraz MW0161758F3, a nie w wersji MW0161758F4.

W opinii Odwołującego - wersja 4-letnia wsparcia dla produktów RHEL i RHJBoss nie jest rozwiązaniem standardowym, aby uzyskać ofertę na ten konkretny produkt wykonawca musi zgłosić się po specjalną ofertę do przedstawiciela producenta, dystrybutora.

Wyjaśnił, że produkty te, z uwagi na różny czasowy zakres świadczenia usług, różnią się oczywiście także ceną,

co wpływało na punktację w cenowym kryterium oceny ofert.

Tym samym pomimo deklaracji wykonawców Symmetry, Asseco oraz S&T, co do zapewnienia Terminu Wsparcia Oprogramowania przez okres 48 miesięcy w ramach zamówienia podstawowego, w swoich ofertach ujęli oni wsparcie producenta przez okres jedynie 36 miesięcy.

W związku z tym podniósł, że nie mogą zatem uzyskać maksymalnej punktacji w kryterium terminu Wsparcia Technicznego Oprogramowania zgodnie z Roz. II cz. B pkt 8.3 SIWZ, bowiem nie zaoferowali Wsparcia Technicznego Oprogramowania w pełnym zakresie przez cały punktowany okres.

Kontynuując rozważania, wyraził przekonanie, że oznacza to, że wskazani wyżej wykonawcy w sposób nieuprawniony otrzymali dodatkowe 40 punktów podczas oceny ich ofert. Zamawiający przyznał im dodatkową punktację, pomimo, iż oferty te nie gwarantowały Wsparcia Technicznego Oprogramowania w okresie wymaganym do uzyskania takiej punktacji. W świetle określonych przez Zamawiającego kryteriów, oferty te powinny w tym kryterium oceny ofert uzyskać 0 pkt.

Odwołujący zwrócił uwagę na to, że nie jest możliwe ani uzupełnienie, ani wyjaśnienie oferty złożonych przez wykonawców Symmetry, Asseco oraz S&T w zakresie tego kryterium, co wynika wprost z zastrzeżenia poczynionego przez Zamawiającego w Formularzu Ofertowym, a także w Roz. II Cz. B pkt 8.3 SIWZ zgodnie z którym „Informacje dotyczące terminów Wsparcia Technicznego jakie oferuje Wykonawca nie będą podlegały uzupełnieniu i nie będzie można uzyskać dodatkowej liczby punktów w powyższym kryterium w wyniku złożenia wyjaśnień w tej kwestii przez Wykonawcę po otwarciu ofert".

Mając na względzie powyższe, zważywszy, że niezgodnie z określonymi przez Zamawiającego kryteriami oferty, Zamawiający przyznał ofertom wykonawców Symmetry, Asseco oraz S&T dodatkowe punkty za wydłużony okres Wsparcia Technicznego Oprogramowania, pomimo, że oferty tych wykonawców nie obejmują takiego wydłużonego wsparcia w pełnym zakresie z uwagi na zaoferowanie zbyt krótkiego wsparcia producenta dla oprogramowania RHEL i RHJBoss oraz z uwagi na to, że w zakresie tego kryterium oceny ofert, oferty nie mogą być uzupełniane, ani wyjaśniane, Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Pismem z dnia 9 listopada 2020 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a także zgłosił takie przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

KIO 2865/20

KIO 2874/20

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ wraz z jej modyfikacjami, ofert Przystępujących, odwołań, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 23 października 2020r. w zakresie części 2, odpowiedzi Zamawiającego na odwołania z dnia 20 listopada 2020 r., pisma procesowego Przystępującego S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 20 listopada 2020 r., pism procesowych Przystępującego Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 23 listopada 2020 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołania oddalić.

Odwołania nie zawierały braków formalnych, wpisy zostały przez Odwołujących uiszczone, zatem odwołania podlegały rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do ich odrzucenia.

KIO 2865/20

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7, art.89 ust.1 pkt 2, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Przystępującego Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Odnosząc się do zarzutów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający sporządził w ramach SIWZ formularz OF.2. BDG.ZPB.230.33.2020 FORMULARZ ASORTYMENTOWO – CENOWY ZAKRESIE CZĘŚCI II PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (Uwaga! Dokument stanowi treść oferty) na którym wykonawcy zobowiązani złożyć oświadczenie następującej treści: „Składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa Sprzętu i Oprogramowania wraz ze

Wsparciem Technicznym", oferujemy realizację części II przedmiotu zamówienia na następujących warunkach:….".

Izba stwierdziła również w zakresie objętym sporem, że powyższy dokument opisywał w kolumnie B pod l.p.1 przedmiot zamówienia jako Windows Server Datacenter 2019 lub równoważny, a w kolumnie C wykonawcy mieli wskazać także Nazwę / numer katalogowy / markę / model.

Dodatkowo, Izba zwróciła uwagę, że Zamawiający na tym formularzu uczynił jedyne zastrzeżenie o następującej treści: „Wynagrodzenie, ujęte w formularzu asortymentowo cenowym dla Części II przedmiotu zamówienia obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, na które składają się w szczególności: koszty związane z dostawą Oprogramowania wraz z Dokumentacją, Wsparciem Technicznym, udzieleniem licencji wskazanych w §7 IPU. Wspomniane wynagrodzenie wyczerpuje wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją Umowy. Wykonawcy nie przysługuje zwrot od Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów poniesionych przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy.".

W wykonaniu powyższych postanowień Przystępujący Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie składając ofertę przedłożył również formularz OF.2., gdzie pod.l.p.1 w kolumnie C oświadczył, że zaoferował Windows Server Datacenter 2019 / P11061- 241 / Microsoft / MS WS19 (16-Core) DC ROK pl SW SA.

Jednocześnie Izba ustaliła, że zgodnie z treścią Formularza OF.0. - Oferta dla Ministerstwa Finansów Przystępujący Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w pkt 5.2. oświadczył, że „…w zakresie części II przedmiotu zamówienia: oferujemy wsparcie producenta przez okres: 48 miesięcy lub więcej tj. ……. miesięcy (podać) od daty zatwierdzenia bez zastrzeżeń przez Strony Protokołu Odbioru Dostawy.

UWAGA! W przypadku braku podania przez Wykonawcę w ofercie informacji dotyczącej deklarowanego okresu wsparcia technicznego lub zaznaczenia więcej niż jednej możliwości wyboru (deklaracji), oferta Wykonawcy otrzyma zero (0) punktów w kryterium „Termin Wsparcia Technicznego Oprogramowania", a Wykonawca będzie związany minimalnym terminem wynikającym z SIWZ wynoszącym 36 miesięcy od daty zatwierdzenia bez zastrzeżeń przez Strony Protokołu Odbioru Dostawy. Informacje dotyczące terminów Wsparcia Technicznego jakie oferuje Wykonawca nie będą podlegały uzupełnieniu i nie będzie można uzyskać dodatkowej liczby punktów w powyższym kryterium w wyniku złożenia wyjaśnień w tej kwestii przez Wykonawcę po otwarciu ofert.".

Bezsporna pomiędzy stronami i uczestnikami jest okoliczność, że powyższy dokument i zawarte w nim oświadczenie złożone przez Przystępującego w następstwie wykonania powyższych postanowień SIWZ stanowiło treść oferty.

Istotą sporu jest zaś problem spełniania przez powyższe oświadczenie Przystępującego Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wymogu zaoferowania wsparcia technicznego – Software Assurance na okres 48 miesięcy.

Do zastosowania przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 konieczna jest przede wszystkim identyfikacja trzech elementów:

1)konkretnej treści SIWZ,

2)konkretnej treści oferty,

3)stwierdzenie występowania kolizji pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ.

W omawianej sprawie - w przekonaniu Izby - Odwołujący nie udowodnił przesłanki związanej wykazaniem sprzeczności pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ.

Za powyższym poglądem przemawia przede wszystkim treść oświadczenia Przystępującego Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z 16 września 2020 r. zawarta w pkt 5.2 Formularza OF.0. - Oferta dla Ministerstwa Finansów, gdzie ten Przystępujący w sposób jednoznaczny zadeklarował wsparcie producenta przez okres 48 miesięcy.

Natomiast, nie mogło ujść uwadze Izby, że w formularzu OF.2. stanowiącym formularz asortymentowo – cenowy w zakresie części II przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie umieścił instrukcji dla wykonawców czy powyższy numer katalogowy miał dotyczyć również usługi wsparcia technicznego, obok produktu podstawowego, to jest oprogramowania Windows Server Datacenter 2019 lub równoważnego.

Według zapatrywania Izby - zarzut Odwołującego w tej mierze mógłby być rozważany jedynie w sytuacji, gdyby Zamawiający przewidział w treści formularza OF.2. odrębnie podział na oprogramowanie jako produkt podstawowy i odrębnie usługę wsparcia tego oprogramowania z obowiązkiem podania dwóch odrębnych numerów katalogowych.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za takim rozumieniem SIWZ jest również fakt, że cyt. wyżej formularz OF.2. w ogóle nie przewidywał obowiązku złożenia w nim przez wykonawców oświadczenia o danym

zaoferowanym okresie udzielonego wsparcia technicznego.

Powyższej oceny dowodów nie zmieniają przedłożone przez Odwołującego na posiedzeniu oświadczenie Arrow ECS sp. z o.o.(dowód nr 1) z dnia 10.11.2020 r. autoryzowanego dystrybutora rozwiązań firmy Microsoft, który potwierdza istnienie produktu jako niestandardowego oprogramowania typu OEM.

W ocenie Izby - powyższe stanowisko nie przesądza o tym czy zaoferowany przez Przystępującego Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie produkt zawiera w sobie również usługę wsparcia technicznego.

Należy zauważyć, że wystawca tego dokumentu posługuje się sformułowaniem „Microsoft nie potwierdza, że produkt…zawiera w sobie pakiet Software Assurance.", ale również w dokumencie tym brak jest zaprzeczenia, że uzyskanie owego wsparcia technicznego nie możliwe w inny sposób. Wprost przeciwnie stwierdza, że jest możliwe nabycie takiego wsparcia odrębnie.

Powyższe okoliczności potwierdza również dowód nr 2 przedłożony przez Odwołującego z korespondencji e-mailowej.

Odwołujący nie udowodnił również, że Przystępującego Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie jest w stanie zrealizować procedury Microsoft przewidującej możliwość dołączenia do licencji OEM/detalicznej produktu autonomicznego pakietu Software Assurance w ciągu 90 dni od daty zakupu licencji OEM.

Wymaga również zauważenia, że Zamawiający w treści SIWZ nie wymagał od wykonawców szczególnego sposobu kontraktowania dodatkowej usługi wsparcia z okresem obowiązywania łącznie na 4 lata, na 3 lata plus 1 rok, czy na 2 lata razy 2.

Ostatecznie, dowód Przystępującego Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z korespondencji e-mailowej z Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z o.o. potwierdza istnienie wyceny dla wsparcia technicznego na okres 48 miesięcy.

W związku z powyższym – w przekonaniu Izby – zaproponowana przez Odwołującego wykładnia spornych postanowień SIWZ ma charakter arbitralny, a jego wywody nie wykazały występującej sprzeczności treści oferty Przystępującego Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z treścią SIWZ.

Z tych wszystkich powodów, Izba uznała, że Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw prawnych do odrzucenia oferty Przystępującego Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na zasadzie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

KIO 2874/20

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę Przystępującego Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. w sposób zgodny z art.91 ust.1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że na rozprawie pełnomocnicy Odwołującego złożyli oświadczenie, że jeżeli chodzi o produkt RedHead JBoss nie mają dodatkowych oświadczeń od producenta i w związku z tym cofają w tym zakresie zarzut odnoszący się do tego produktu, który był wskazany w 3 pozycji formularza asortymentowo-cenowego.

W związku z powyższym z tego powodu, że pomiędzy stronami w tym zakresie nie ma sporu Izba uznała rozpoznanie zarzutu w tej części za bezprzedmiotowe.

Dalej, Izba ustaliła, że w części II SIWZ – Warunki Szczególne(WSZ) w lit. B Zamawiający ustalił kryteria oceny ofert, w tym dla części II przedmiotu zamówienia, gdzie wskazał termin wsparcia technicznego oprogramowania o wadze 40%.

W pkt 8.3. powyższych postanowień SIWZ Zamawiający przewidział możliwość uzyskania 40 punktów za okres wsparcia technicznego 48 miesięcy lub więcej.

Ustalono, że w swoich Formularzach OF.0. - Oferta dla Ministerstwa Finansów wykonawcy, co do których został zgłoszony zarzut odwołania zaoferowali 48 miesięczny okres wsparcia technicznego od daty zatwierdzenia bez zastrzeżeń przez Strony Protokołu Odbioru Dostawy.

Dodatkowo, stwierdzono, że wykonawcy ci w formularzu OF.2. stanowiącym formularz asortymentowo – cenowy w zakresie części II przedmiotu zamówienia wpisali pod l.p. 2 w kolumnie C numer katalogowy RH00001F3 dla produktu

Red Hat Enterprise Linux for Virtual Datacenters.

Opierając się o powyższe dokumenty i zawarte w nich oświadczenia, Izba nie podzieliła wywodu Odwołującego, że bezzasadne było przyznanie 40 punktów dla tych wykonawców z tego powodu, że końcówka numeru katalogowego zadeklarowana w formularzu cenowo - asortymentowym odnosiła się do trzech lat wsparcia technicznego, tj. 36 miesięcznego okresu za który Zamawiający przewidział jedynie 0 pkt, a nie okresu 48 miesięcy za który Zamawiający przyznawał 40 punktów.

W tej mierze Odwołujący przedstawił wyciąg z korespondencji mailowej z dnia 30 października 2020 r. od sprzedawcy oprogramowania Red Hat (dowód nr 1), z której wynika, że jeden produkt jest na 3, a drugi na 4 lata.

W ocenie Izby – informacja ta nie jest precyzyjna, bowiem Odwołujący zadając pytanie wskazał dwa produkty o numerze RH00001F3 oraz o numerze RH00001F4, a z powyższego oświadczenia wiedzy sprzedawcy Red Hat nie wynika jednoznacznie, o który produkt chodzi.

Powyższemu dowodowi Odwołującego przeczy dowód przedłożony przez Przystępującego wykonawcę S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z korespondencji mailowej z dnia 18 listopada 2020 r. od innego sprzedawcy oprogramowania Red Hat, z którego wynika, że sufiks F3 znajdujący się pod l.p.2 formularza cenowo – asortymentowego może dotyczyć zarówno 3 letniego, jak i 4 letniego okresu wsparcia technicznego.

Dodatkowo, Izba oddaliła złożone przez Odwołującego dowody nr 3 i 5 jako sporządzone w języku obcym bez tłumaczenia na zasadzie § 19 ust.3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, który stanowi, że wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego.

Zdaniem Izby – pozostałe dowody Odwołującego (nr 2 i nr 4) mogą jedynie potwierdzać powyższą okoliczność udzielenia wsparcia technicznego oprogramowania zarówno na okresy 3, jak i 4 letnie.

Izba wzięła przy tym pod uwagę, że SIWZ nie przewidywała obowiązku zadeklarowania w formularzu cenowo – asortymentowym okresu wsparcia technicznego.

Ostatecznie, dowód Przystępującego Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z korespondencji e-mailowej z Veracomp z dnia 18 i 19 sierpnia 2020 r. potwierdza, że oferta dla Przystępującego przewidywała wsparcie techniczne na okres 4 lat.

Mając na uwadze powyższy materiał dowodowy, Izba nie mogła przypuszczeń Odwołującego potraktować, jako wystarczających do uznania, że Zamawiający dokonał oceny ofert z naruszeniem art.91 ust.1 ustawy Pzp, stosowanie do którego Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

KIO 2865/20

KIO 2874/20

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:……